

Jeudi 28 juin 2012

4^e assises de l'expertise immobilière



En partenariat avec

BUSINESS
IMMO
www.businessimmo.com



I – COMMISSION FIDUCIE 2012

I-1 PRESENTATION :

La Commission Fiducie a pour mission d'ouvrir la réflexion sur les montages fiduciaires et les besoins propres aux méthodes expertales.

Elle s'est donné pour objectif de formuler des préconisations en la matière.

La Commission s'est réunie 8 fois au cours des 12 derniers mois. A cette occasion, elle s'est rapprochée de professionnels partenaires (notaires, avocats, banquiers...).

I-2 COMPOSITION PERMANENTE :

- Michaël MORRIS :Vice-Président IFEI - Président JONES LANG LASALLE EXPERTISES
- François ROBINE :Expert en Evaluation immobilière FRANCOIS ROBINE & Associés
- David JOUANNET :Expert en Evaluation immobilière CHAMBRE DES NOTAIRES DE PARIS
- Antoine HINFRAY :Ancien Vice-Président IFEI - Avocat associé SCP FORESTIER & HINFRAY
- Vincent MIALHE : Avocat of counsel SCP FORESTIER & HINFRAY



II – COMMISSION FIDUCIE – ASSISES DU 28 JUIN 2012

II-1 PRÉSENTATION ET COMMENTAIRES DU DISPOSITIF LÉGAL FIDUCIAIRE FRANÇAIS :

- Les parties à la convention
- L'organisation du contrat
- La fiscalité – neutralité ou non

II-2 ILLUSTRATIONS :

- La fiducie-sûreté et l'optimisation d'un financement, avec quelques focus concernant :
 - ✓ le coût du montage fiduciaire
 - ✓ la recharge de la fiducie
 - ✓ l'acte anormal de gestion et le bail
- La fiducie-gestion et la défaisance visant notamment :
 - ✓ la liquidation d'un programme immobilier
 - ✓ les procédures collectives

II-3 LE RÔLE DE L'EXPERT DANS LE DISPOSITIF FIDUCIAIRE :

- L'expertise instantanée
- Les missions complémentaires (récurrentes / échelonnées / savoir-faire...)
- Le tiers protecteur

II-4 LES RECOMMANDATIONS DE L'IFEI :

- Sur les conflits d'intérêts :
 - ✓ au regard du constituant
 - ✓ au regard du fiduciaire
 - ✓ leurs effets dans le temps variable dans les conflits d'intérêts
- Sur la nécessité de l'expertise :
 - ✓ l'expertise volontaire : sécurité
 - ✓ l'expertise obligatoire (fiducie-sûreté, articles 2372-1 et 2, et 2488-1 du Code civil)
- Sur les missions :
 - ✓ le rôle durable de l'expert
 - ✓ l'expertise prévisionnelle
 - ✓ la définition de la mission
 - ✓ le consensualisme de la mission
- Sur l'intégration dans la Charte de l'Expertise en Evaluation Immobilière : reconnaissance de la fiducie



Par : Vincent MIALHE

Avocat of counsel SCP FORESTIER HINFRAY

FIDUCIE (GESTION ET SÛRETE) & FISCALITE

PLAN

PRINCIPE DE NEUTRALITE ➤ Pour être praticable, la fiducie suppose d'en connaître le régime fiscal d'accompagnement

ORGANISATION DE LA TRANSPARENCE FISCALE ➤ La propriété économique est seule imposée, sauf dérogations

1 > S'agissant d'un constituant personne physique

2 > S'agissant d'un constituant personne morale

CONSTITUANT

Propriétaire économique :

- Résultat / revenus
- ISF

FIDUCIAIRE

Propriétaire juridique :

- TVA
- CET
- Taxe foncière

DEROGATIONS A LA TRANSPARENCE FISCALE ➤ TVA et fiscalité locale

AMENAGEMENTS PRATIQUES ➤ Convention fiduciaire et incidences fiscales

- ✓ Mentions obligatoires au contrat
- ✓ Contrôle ou non de la fiducie par le constituant
- ✓ Prise en compte bénéfice / déficit
- ✓ Charge finale des impositions

CHOIX D'OPPORTUNITE QUANT AU REGIME FISCAL ➤ La neutralité, régime de plein droit non obligatoire

- ✓ Intérêt de la renonciation
- ✓ En cas d'opération de défaisance

FORMALITES D'ENREGISTREMENT (à peine de nullité de plein droit du contrat)

PRINCIPE DE NEUTRALITE & CHOIX D'OPPORTUNITE EN PRESENCE D'UN CONSTITUANT PERSONNE PHYSIQUE OU MORALE

PRINCIPE DE NEUTRALITE ➤ Pour être praticable, la fiducie suppose d'en connaître le régime fiscal d'accompagnement.

Le régime d'ensemble repose sur le principe d'une distinction entre propriété **juridique** et propriété **économique**. La neutralité fiscale de l'opération s'en trouve ainsi garantie, considérant que le bien reste, en toutes occasions, la propriété économique du constituant en transparence de la fiducie.

Comme en matière de mutation conditionnelle des apports, c'est la vocation du bien à revenir à son auteur-constituant qui justifie l'absence de taxation sur les transmissions, tant à l'aller qu'au retour.

ORGANISATION DE LA TRANSPARENCE FISCALE ➤ La propriété économique est seule imposée, sauf dérogations

1 > S'agissant d'un constituant personne physique, le transfert en fiducie ne déclenche pas d'imposition sur le revenu ou sur les plus values ; en outre, il n'a aucune incidence sur l'appréciation de la valorisation fiscale du bien transmis, les immeubles ou les titres transférés conservant leur antériorité et leur prix de revient.

Au cours de la vie de la fiducie, les revenus tirés des biens fiduciaires conservent, pour le constituant, le même régime d'imposition que s'ils figuraient dans son patrimoine personnel. Autrement dit, et bien que déterminé au niveau de la structure fiduciaire, le résultat de la fiducie est imposé à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux, directement au nom du constituant. De plus, les biens et droits transférés en fiducie demeurent éligibles à l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) chez le constituant et seront pris en compte pour la liquidation des droits de succession en cas de décès du constituant pour leur valeur vénale nette.

Concernant le régime applicable à l'ISF, la traduction du principe de neutralité fiscale entraîne les incidences corrélatives directes ou indirectes suivantes :

- o Personne physique éligible, le constituant sera redevable de l'ISF sur la valeur vénale nette du patrimoine fiduciaire. Lorsque le constituant est une personne morale, il ne peut être assujéti à l'ISF : demeure que les associés personnes physiques de la société constituante, seront, en cas d'assujettissement à l'ISF, tenus de déclarer dans leur patrimoine imposable la valeur vénale des parts de cette société, laquelle comprendra la valeur vénale réelle nette des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire. D'une manière générale, l'ISF sera calculé sur la valeur vénale nette du patrimoine fiduciaire au 1er janvier de l'année d'imposition tout en veillant à ce que l'évaluation des biens transférés tienne compte des contraintes juridiques découlant du contrat de fiducie, ainsi qu'en matière de démembrement.

- o Autres transpositions : dans la mesure où les biens fiduciaires restent affectés à l'activité professionnelle du constituant, ils peuvent toujours être exonérés d'ISF à ce titre. De même, le transfert en fiducie de titres de société faisant l'objet d'un engagement de conservation ne devrait pas avoir d'incidence sur leur exonération partielle ou totale.

2 > S'agissant d'un constituant personne morale, le principe de neutralité fiscale s'applique pareillement, sachant que la plupart des transferts seront réalisés sur la base des valeurs comptables. Quant au résultat de la fiducie, il est déterminé et imposable selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le constituant, considéré comme le redevable en matière d'impôts directs.

DEROGATIONS A LA TRANSPARENCE FISCALE ➤ T.V.A. et fiscalité locale

Les dérogations au principe de transparence visent exclusivement la T.V.A. et la fiscalité locale. Seules ces deux natures de contribution appellent à l'idée différente d'une indépendance du patrimoine fiduciaire vis-à-vis du constituant. Consécutivement, le fiduciaire est considéré comme le redevable de la T.V.A. C'est également le fiduciaire qui est redevable de la Contribution économique territoriale « C.E.T. » et de la taxe foncière en cas de transfert d'un bien immobilier dans le cadre de la fiducie. Quant à la taxe d'habitation, le redevable reste celui qui dispose de la jouissance effective.

AMENAGEMENTS PRATIQUES ➤ Convention fiduciaire et incidences fiscales

Mentions obligatoires au contrat ➤ Le régime de neutralité fiscale ne s'applique au transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire que si le fiduciaire s'engage à respecter un ensemble d'obligations et d'engagements prévus au 3° du I de l'article 238 quater B du CGI [reprise au bilan fiduciaire des écritures du constituant ; accomplissement de certaines obligations fiscales en substitution du constituant; retraitement des plus-values, le cas échéant]. Ces engagements doivent impérativement figurer dans le contrat de fiducie.

Contrôle ou non de la fiducie par le constituant ➤ La neutralité fiscale est la conséquence du contrôle du constituant sur le mécanisme de transfert mis en place. S'agissant d'un constituant sans contrôle (*), la sortie du bien de son patrimoine doit entraîner la constatation d'une plus value ou d'une moins value latente correspondant à la différence entre la valeur historique transcrite dans les écritures du constituant et la valeur vénale du bien au jour du transfert. Il demeure que cette constatation peut être neutralisée en se plaçant sous le régime de l'article 238 quater B du CGI, au choix de la convention fiduciaire selon la volonté des parties (voir supra).

Prise en compte bénéfice / déficit ➤ Les bénéfices réalisés par la fiducie sont appelés à s'agréger au résultat du constituant (le cas échéant, ils peuvent être compensés avec ses propres résultats déficitaires). Si la fiducie constate un déficit, il s'impute sans restriction sur les bénéfices réalisés en propre par le constituant. La fiducie n'a donc à son niveau aucun report déficitaire au sens fiscal.

Charge finale des impositions ➤ Eu égard aux effets de la transparence fiscale, les parties au contrat de fiducie auront avantage à convenir entre elles des modalités du règlement final de la charge fiscale entre le constituant-redevable et le fiduciaire. Il pourra être stipulé qu'une partie des revenus générés par la fiducie est, en cours de contrat, reversée au constituant à l'effet de lui permettre d'honorer ses obligations.

CHOIX D'OPPORTUNITÉ QUANT AU RÉGIME FISCAL ➤ La neutralité, régime de plein droit non obligatoire

Intérêt de la renonciation ➤ Lorsque la transcription du transfert des actifs dans les comptes de la fiducie s'effectue aux valeurs réelles [fiducie non contrôlée par le constituant ou choix délibéré des parties], la renonciation au régime de neutralité fiscale peut [le cas échéant] s'avérer opportune. Notamment si elle permet de compenser une part importante ou la totalité de la plus value de transfert avec les déficits en instance de report chez le constituant. En effet, si le régime de neutralité fiscale s'applique de plein droit, il n'est toutefois pas obligatoire. Si le constituant y trouve un intérêt – tel peut être le cas lorsque le montant de la plus-value est faible ou que les engagements à souscrire apparaissent trop contraignants ou trop lourds – il conserve la possibilité d'y renoncer en veillant à ce que le fiduciaire s'abstienne de souscrire les engagements prévus au 3° du I de l'article 238 quater B du CGI.

En cas d'opération de défaisance ➤ Le cas de figure quant au choix d'opportunité au regard de l'impact sur le bilan du constituant désireux de se défaire selon le cas d'actifs sur valorisés ou sous valorisés et/ou de passifs à isoler : lors de la mise en fiducie, le constituant selon l'objectif économique visé optera, le cas échéant, pour une fiscalité d'entrée ou de sortie, autrement dit d'amont (renonciation à la neutralité fiscale) ou d'aval (régime de plein droit) à l'opération de défaisance fiduciaire.

FORMALITES D'ENREGISTREMENT (à peine de nullité de plein droit du contrat)

Le contrat de fiducie (qu'il soit établi en la forme notariée, par acte d'avocat ou sous seing privé) doit être enregistré dans le mois de sa date au service des impôts du siège du fiduciaire (si plusieurs fiduciaires : au choix du siège de l'un d'eux). Droit fixe d'enregistrement : **125 €** (CGI, art. 1133). Cette démarche s'analyse comme constitutive de la déclaration d'existence de la fiducie.

Lorsque le contrat de fiducie porte sur un **immeuble** – ou des droits réels immobiliers – il relève obligatoirement d'un acte authentique et doit être soumis dans le délai de **deux** mois, à la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière (lieu : bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble). Droits fusionnés de **0,815 %** (y compris le salaire du conservateur) perçus sur la valeur de l'immeuble telle que figurant à l'acte fiduciaire.

(*) fiducie non contrôlée = *grossa modo* fiducie en présence d'un constituant non bénéficiaire. Pour plus de précisions, se reporter à l'avis du CNC n° 2008-01 définissant les critères permettant de déterminer l'existence ou non du contrôle par le constituant (détention de pouvoirs de décision et de gestion / capacité à bénéficier de la majorité des avantages économiques dégagés par la fiducie / exposition à la majorité des risques relatifs au patrimoine transféré).

Par : Vincent MIALHE

Avocat of counsel SCP FORESTIER HINFRAY

FIDUCIE ET EXPERTISE : en guise de vade-mecum

PLAN

ROLE ET INTERVENTIONS DE L'EXPERT ➤ Les diligences susceptibles d'être accomplies en vue de sécuriser et réguler l'opération fiduciaire

- 1 > Pour sécuriser la mise en place de la convention fiduciaire
- 2 > Pour sécuriser le déroulement de la fiducie et les parties concernées entre elles
- 3 > Pour sécuriser le dénouement de la fiducie
- 4 > En apport de recommandations préventives et/ou régulatrices

Code civil (articles 2372-1 & suivants modifiés par la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009)

Code civil (articles 2488-1 & suivants modifiés par la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009)

ROLE ET INTERVENTIONS DE L'EXPERT ➤ Les diligences susceptibles d'être accomplies en vue de sécuriser et réguler l'opération fiduciaire

1 > Pour sécuriser la mise en place de la convention fiduciaire

- Nécessité d'un descriptif précis des biens, la convention valant acte de disposition : parmi la liste des mentions que tout contrat de fiducie doit à peine de nullité déterminer les biens. La description des éléments transférés aura donc profit à être certaine et l'inventaire de ceux-ci dressé, d'autant que la fiducie est un acte de disposition entraînant transfert de propriété et que le doute sur la nature des éléments visés dans l'acte pourrait être interprété dans le sens l'excluant. En présence de biens et droits immobiliers, l'élaboration du descriptif aura avantage à être confiée à un expert, en particulier s'il s'agit d'une fiducie-sûreté. A l'occasion de la remise du descriptif (et des modalités de son actualisation) entrant dans rédaction de la convention, il suggérera, le cas échéant, sa désignation dans le cadre de l'article 2488-3 du Code civil applicable à la fiducie portant sur les immeubles (cf. article 2372-5 en cas de fiducie portant sur des meubles).
- Nécessité d'un descriptif précis des biens au regard de l'obligation de conservation : Le fiduciaire sera généralement chargé d'assurer la conservation des biens qui lui sont confiés. Cette obligation étant susceptible de degrés, une clause limitant - ou du moins plafonnant - sa responsabilité pourra être introduite conforme au régime des clauses abusives ou limitatives. C'est dire le soin que le rédacteur du contrat devra lui apporter en n'hésitant pas à entrer dans le détail des biens transférés et de leur descriptif complet : une telle approche limitera le risque de voir le juge, en cas de difficulté, se livrer à une appréciation abstraite de la faute en l'absence de critères précis quant au contenu de l'obligation de conservation et donc de son exécution imparfaite. En matière immobilière notamment, la prudence voudra que le descriptif du ou des biens transmis soit exhaustif et qu'à ce titre, la tâche en soit confiée à un huissier, à charge pour un expert d'en vérifier la suffisante exhaustivité, notamment en présence de biens complexes ou de nature spécifique.
- Nécessité d'un descriptif précis des biens d'autant qu'un bien transmis en fiducie suppose sa restitution à l'occasion du dénouement. A cette occasion, des difficultés peuvent apparaître : le bien a été dégradé ; il a disparu ; il a été transformé. Comment doit se faire la restitution ? Les solutions admises en cas de résolution ou d'annulation de contrat sont-elles transposables ? A supposer que cette solution soit la bonne, il faudrait admettre que le constituant/bénéficiaire jouit d'une créance en réparation contre le fiduciaire, celui-ci devant supporter le coût de la remise en état même en l'absence de faute ? Ou les solutions admises en matière de gage seront-elles préférablement transposables ? L'appréciation de la responsabilité du fiduciaire pourrait se faire selon le raisonnement d'une obligation de résultat atténuée. Faut-il qu'il puisse disposer là encore d'un état d'origine du bien confié suffisamment probant et complet !
- Le même besoin d'identification des biens à l'entrée, la conservation et la sortie de la fiducie peut prendre la forme plus statique d'un état des lieux ou d'un constat d'huissier.

- En cas d'apport d'immeuble en fiducie, le fiduciaire a charge de respecter la décomposition du bien inscrit en sa comptabilité. La ventilation - valeur du terrain & valeur du bâti - aura avantage à être confirmée, le cas échéant, à dire d'expert.
- En situation d'opération de défaisance (opération isolant une dette et les actifs permettant à terme de faire face aux flux générés par la dette) : cette opération suppose expertise. L'approche dynamique de l'évaluation de la valeur réelle des biens transférés s'impose ici, prenant en compte l'intégralité des flux futurs attendus aussi bien sur les passifs que sur les actifs. Il demeure que ce calcul est de nature à soulever des difficultés. Chaque fois que la mise en fiducie portera sur des éléments autres que des créances, l'évaluation des flux futurs nécessitera l'anticipation de recettes ou du chiffre d'affaires susceptibles d'être générés par les éléments transférés. Les parties devront convenir entre elles du taux d'actualisation à prendre en compte sachant que l'évaluation finale sera très sensible au taux retenu. La méthode d'évaluation résultera en définitive des échanges que les parties au contrat développeront entre elle. En outre, sachant qu'elle pourra faire l'objet d'un contrôle par l'administration, la méthode retenue devra être cohérente compte tenu de la nature de l'opération afin d'être en mesure d'en justifier le principe, les modalités et l'équilibre qui en résulte entre le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire. Dans le cadre d'une opération de défaisance fiduciaire, il conviendra d'actualiser les flux futurs sur une période fixée en fonction de la date d'échéance de la dette et de retenir un taux d'actualisation des actifs transférés qui soit cohérent (mais pas nécessairement équivalent) par rapport au taux contractuel de la dette et de ses modalités de paiement (*cf. la fiducie, mode d'emploi - F. Lefebvre § 4601*).
- En présence d'un transfert d'immeuble, la taxe de publicité foncière (coût global > 0,815 %) est assise et liquidée sur la valeur figurant à l'acte, sauf le droit de l'administration de requérir l'expertise afin d'établir que la valeur réelle est supérieure à la valeur exprimée dans l'acte. La valeur figurant à l'acte aura donc avantage à être confirmée.
- En présence d'un immeuble transféré dans une fiducie non contrôlée (*grosso modo* > constituant non bénéficiaire de la fiducie) : pour son traitement comptable, la valeur vénale est à retenir (*nota* > si la loi n'organise pas de contrôle, l'administration est libre) et non la valeur de convenance. La valeur figurant à l'acte aura avantage à être confirmée.
- En présence d'une fiducie-sûreté avec recharge comportant un immeuble, la valeur estimée du bien considéré constitue une limite pour tout constituant personne physique d'une fiducie sûreté avec recharge. L'expert aura souci d'attirer l'attention des parties à la convention fiduciaire quant à cette limite.
- Au regard des informations à porter obligatoirement en annexe d'un contrat de fiducie quant à la nature des biens transférés : sont à préciser les modalités d'évaluation retenues et, en cas d'évaluation à la valeur vénale, les modalités de détermination de cette valeur (*cf. CRC n° 2008-01 § 4.1*). Les données figurant en annexe de l'acte auront avantage à être validées.

2 > Pour sécuriser le déroulement de la fiducie et les parties concernées entre elles

- En cas de mise en location d'un bien fiduciaire : lorsque la location d'un bien fiduciaire porte sur un immeuble ou un fonds de commerce, le fiduciaire, outre qu'il doit prendre en considération le régime locatif légal applicable, doit veiller à stipuler un loyer conforme au prix du marché (cf. acte anormal de gestion). A cet égard, le fiduciaire aura avantage à prendre ses précautions et à solliciter un avis préalable d'expert.
- En cas de cession par le constituant de ses droits en cours de fiducie : les droits cédés sont réputés porter sur l'ensemble des biens formant le patrimoine fiduciaire. Corrélativement, pour l'application des droits d'enregistrement en présence d'immeuble(s), les droits de mutation seront ceux d'une vente appliqués à la valeur vénale réelle. La valeur à retenir aura avantage à être confirmée, notamment en présence de biens démembrés.

3 > Pour sécuriser le dénouement de la fiducie

- En présence d'une fiducie-sûreté dénouée pour défaut de paiement de la dette garantie : lorsque la dette garantie par la fiducie n'est pas payée à l'expiration du contrat, le créancier devient *ipso facto* propriétaire du bien en fiducie. Le créancier peut exiger du fiduciaire qu'il lui remette le bien ou - si la convention fiduciaire le prévoit - que le fiduciaire le vende et lui remette le prix à hauteur de sa créance, l'éventuelle différence étant restituée au constituant. Selon disposition d'ordre public, la valeur du bien doit être déterminée par expert.

A noter : 1° Toute clause écartant le recours à l'expertise est réputée non écrite ; de même toute clause de nature à fixer les critères que l'expert devrait respecter pour évaluer le bien (cf. Cas. Com. 5-5-2009 n° 08-17.465 BRDA 9/09).

2° L'expert est librement choisi par les parties, le contrat pouvant à l'avance le désigner ou organiser les modalités de sa désignation.

3° L'évaluation de l'expert s'impose aux parties qui ne peuvent la remettre en cause, sauf à prouver que l'expertise est entachée d'erreur grossière.

- Du fait de l'obligation prévue au contrat pour le fiduciaire de rendre compte de sa mission au moment où le contrat prend fin : en présence d'une reddition des comptes portant sur des actifs immobiliers, le fiduciaire aura avantage dans certains cas (notamment accroissement, dévalorisation, substitution-acquisition d'un bien en cours de déroulement) à en faire certifier la valeur restituée. D'autant plus si la rémunération du fiduciaire comporte un bonus en % de l'accroissement du patrimoine fiduciaire confié.

- En présence d'un constituant/bénéficiaire personne physique et en cas de son décès : le décès emporte cessation de la fiducie-gestion, les biens fiduciaires revenant à la succession. La liquidation des droits de succession relatifs au patrimoine fiduciaire est déterminée sur la valeur vénale nette à la date du décès. Le fiduciaire comme les héritiers auront avantage à faire expertiser cette valeur nette, notamment en présence de biens et droits immobiliers.

4 > En apport de recommandations préventives et/ou régulatrices

- Inventaire, actualisation et opposabilité aux tiers > les biens et droits doivent être déterminés dans le contrat, à peine de nullité : l'expert invitera les parties à préciser contractuellement les modalités de l'inventaire pour déterminer au mieux l'état des biens et de leur valeur, ainsi que les modalités de son actualisation, le patrimoine étant une réalité vivante. Afin de tenir compte de l'intérêt des tiers pour éviter la fraude - la loi étant muette sur ce point - l'expert suggèrera la prudence et recommandera - à l'instar de la solution adoptée par le Code civil québécois [articles 1327 & 1330] - de communiquer l'inventaire, une fois réalisé, aux tiers intéressés, leur laissant ainsi la possibilité de contester le contenu.
- Valeur vénale des actifs transférés et surveillance de leur mode de transcription dans la convention fiduciaire (*cf. la fiducie, mode d'emploi - F.Lefebvre § 2752*) > la loi n'impose pas l'obligation formelle de faire figurer dans le contrat de fiducie la valeur des actifs et des passifs transférés, et donc aucun contrôle de ces valeurs n'est prévu, notamment par un commissaire aux apports. Cette situation ne pose pas de problème en pratique lorsque les actifs et passifs sont transférés à la valeur comptable, cette dernière figurant dans les comptes du constituant. En revanche, en cas de transfert à la valeur vénale, les questions suivantes pourraient se poser lors de la comptabilisation de la valeur de sortie (chez le constituant) et d'entrée (dans la fiducie) des actifs et passifs mis en fiducie :
 - 1° En l'absence de valorisation de ces éléments dans le contrat, quel support de comptabilisation devrait être utilisé ?
 - 2° Si les valeurs vénales inscrites dans le contrat sont manifestement non représentatives de la valeur vénale, ces valeurs devraient-elles faire l'objet d'un retraitement ?

L'expert aura avantage à faire les mises en garde qu'il jugera utiles dans le cadre de toute intervention préliminaire de sa part à la mise en place d'une convention fiduciaire. A cet égard, il s'appuiera sur le règlement CRC n° 2008-01 (§ 4.1) selon lequel le constituant doit fournir un certain nombre d'informations quant à la nature des actifs et passifs transférés ou à transférer et offrira de préciser les modalités d'évaluation retenues lors du transfert.

- Opération de défaisance et droit d'action reconnu aux créanciers sur le patrimoine fiduciaire : en cours de déroulement de la convention fiduciaire, il peut résulter des circonstances, une insuffisance d'éléments d'actif au sein du patrimoine fiduciaire pour faire face au paiement de l'ensemble des sommes dues aux créanciers, insuffisance survenue par suite d'une déperdition objective de la valeur des actifs présents dans ce patrimoine (soudaine détérioration physique du bien, obsolescence accrue liée à la modification de facteurs économiques ou environnementaux). Fonction de la configuration de déséquilibre potentiel entre éléments de passif et d'actif relevée à la mise en place de la fiducie, l'expert recommandera, le cas échéant, des diagnostics réguliers et/ou ponctuels.
- Patrimoine fiduciaire important et/ou complexe : à un certain niveau d'importance et/ou de complexité, la gestion du patrimoine fiduciaire peut relever de techniques particulières pour la mise en œuvre desquelles le recours à des professionnels peut s'avérer nécessaire. Tel, bien sûr, sera le cas des missions dérivées telles que celles relatives aux évaluations des différents biens et droits. Pourront s'y ajouter des avis d'expert quant aux techniques de mise en vente des biens dont le fiduciaire peut le cas échéant se voir confier la charge.
- Impôt de solidarité sur la fortune et transparence fiduciaire : en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), les biens ou droits transférés au patrimoine fiduciaire sont considérés comme demeurant dans le patrimoine du constituant. Le constituant personne physique est donc susceptible d'être redevable de l'ISF sur la valeur vénale nette du patrimoine fiduciaire. Par ailleurs, en présence d'un constituant personne morale (non assujetti à l'ISF en tant que tel), tout associé personne physique de la société constituante est également susceptible d'être assujetti à l'ISF et, quant à lui, tenu de déclarer dans son patrimoine personnel la valeur vénale des parts de la société, laquelle comprend la valeur vénale réelle nette des droits détenus par ladite société dans le patrimoine fiduciaire. L'expert recommandera, à ce titre, des diagnostics réguliers et/ou ponctuels. D'autant que sont en particulier à inclure dans ce patrimoine imposable, outre les biens ou droits transférés - ou ceux éventuellement acquis en remploi - mais également les fruits tirés de l'exploitation du patrimoine fiduciaire. A noter que l'évaluation des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire et ses fruits devront tenir compte des contraintes juridiques découlant du contrat de fiducie, notamment au regard de valeurs sur biens démembrées.

Code civil (articles 2372-1 & suivants modifiés par la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009)Article 2372-1

La propriété d'un **bien mobilier ou d'un droit** peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030.

Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application de la présente section.

Article 2372-2

En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire.

Article 2372-5

La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.

Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. **Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.**

A peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.

Code civil (articles 2488-1 & suivants modifiés par la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009)[Article 2488-1](#)

La propriété d'un **bien immobilier** peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030

Par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application du présent chapitre.

[Article 2488-2](#)

En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire.

[Article 2488-3](#)

A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie.

Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si la convention le prévoit, la vente du bien et la remise de tout ou partie du prix.

La valeur du bien est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Toute clause contraire est réputée non écrite.

IDENTITE FIDUCIAIRE

Article 2012 du Code civil :

« La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.

Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. »

Article 2019 du Code civil :

« A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions. »

Article 2020 du Code civil :

« Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat. »

Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010

Article 2022 du Code civil :

« Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités. »

TIERS PROTECTEUR

Article 2017 du Code civil :

« Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat, et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté. »

PUBLICATIONS

- 1 AJDI « **La Fiducie et le bail commercial** » (février 2012) par Antoine HINFRAY (*)
- 2 LE CERCLE IFEI n°41 « **La Fiducie en droit français** » (juillet 2011) par Antoine HINFRAY (*)
- 3 Observateur de l'Immobilier du CREDIT FONCIER (ODI) n° 79 « **La Fiducie en droit français** » (juillet 2011) par Antoine HINFRAY (*)
- 4 Note Délégation des Barreau de France (DBF) « **La Fiducie en droit français** » (avril 2010) par Antoine HINFRAY (*)

(*) *Les publications listées ci-dessus sont consultables sur le présent site.*